B. J. D.

De

CONTRACTIBUS INNOMINATIS,

DISPUTATIONEM,

Ex

L. Naturalis V. D. de PRÆSCR. VERB.

Consensu Magnifici JCtorum Ordinis,

PRÆSIDE

VIRO Nobilissimo, Consultissimo, Excellentissimoq;

DN. JOACHIMO NERGERO,

Gryphimonte Silesio, J.U.D. & Pand. Prof. Publ. Celeberrimo, Curiæ Electoralis, Scabinatus & Fac. Jurid. qvæ hîc loci sunt, ut & Judicii Ducalis, qvod in Marchionatu inferioris Lusatiæ est, Assessore Gravissimo, h. t. DECANO Spectabili;

Dn. Patrono ac Præceptore æternis obseqviis devenerando,

Qvam conscripsit,

proponet publicè,

GEORGIUS MICHAEL HEBERUS,

Wittebergensis.

In Auditorio JCtorum ad d. XXVI. Septembr. Horis antemeridianis.

WITTEBERGÆ,

Literis MATTHÆI HENCKELII, Acad. Typogr.

ANNO CIↃ. IↃC. LXXIV.

Num. I.

PAtriæ & Patronis hæc danda opera eſt, in qvâ occupare nunc induſtriam meam ingredior. Satis habebit ea, ſatis Patroni, ſi oſtendero, voluiſſe me proficere, etſi profecerim parum aut nihil. Voluntati meæ ſerviet elegantisſimæ Legis argumentum, qvam in fronte ſignavi. Hujus certè dignitas jucundisſimumq; circa cauſas inveſtigandas ſtudium cupida rationum ingenia meritò invitare poteſt & debet. Interpretationi noſtræ ſi fortè conſvetis diſputantium legibus reſpondebit minùs, odium & invidiam deprecor. Stabit pro me primò literarum libertas, deinde qvod non ſine ratione, ſed ut decet rem per cauſas contemplaturum, ſuſceptum hoc inſtitutum eſt; tandem qvia non vulgaris nominis Dd. hanc viam præiverunt, qvorum ingeniis me innutritum gaudeo.

II. Primum omnium hiſtoria ejus argumenti, cui exponendo operamur, colligenda ex Legibus eſt: Legibus ſuccedent ſcripta JCtorum, à qvibus cùm diſceſſerimus, additis, qvæ in utramqve partem diſceptari ſolent, omnem rem propoſito qvodam firmo principio, breviter expediemus.

III. *L. Juris Gentium 7. ff. de Pact.* ordinem hiſtoriæ Legum explicabit: qvam in tractatione de conventionibus utramqve paginam facere omnes loqvuntur Dd. qvi ad eam ſcripſerunt, præter Accurſ. Bart. Engvinarius, Duarenus, Fortun. Cujac. Connan. Coraſ. Ferd. Mendoza, alii. Eam ſic exordior. Omnis Contractus in conventione qvadam ſeu pactione fundatus eſt, aut cum hac ad minimum conjunctus. Conventionis enim verbum generale eſt, ad omnia pertinens negotia, de qvibus negotii contrahendi tranſigendiqve cauſſa conſentiunt, qvi inter ſe agunt. *l. 1.*

§. *conventionis*.3.*D.de Pact.* adeò ut nullus sit contractus, nulla obligatio, qvæ non habeat in se conventionem, *eod.* Est autem Conventio, seu qvod idem valet, Pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus. *l.* 1. § 2. *D.de Pact.*

IV. Conventio in Nominatam & Innominatam tribuitur. Nominatam appellamus eam, qvæ nomen habet proprium. Innominata, qvæ nomen non habet. Illi proprium est, imò essentiam contingit, parere obligationem & actionem; huic sufficit, ut tunc obligationem pariat, si causa, id est, datio vel factum, subsit. Ita enim JCtus habet in *l.7.pr.* & *§.1.* & *2.D de Pact.* Juris Gentium conventiones qvædam actiones pariunt, qvædam exceptiones. Qvæ pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt In proprium nomen Contractus, ut, Empt. Vend. Loc. Cond. Societ. Commod. Depos. & cæteri similes. Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, & hinc nasci civilem obligationem.

V. Conventiones, qvæ nomen suum generale commutant, transeuntq; in proprium nomen alicujus Contractus, etiam Contractus nominati vocari solent, cum Ulp. in *l.*7.§.1. & *seq d.t.* finiat eos conventiones non retinentes nomen generale, sed transeuntes in speciale aliqvod nomen, pariens obligationem & actionem.

VI. Conventiones Innominatæ, s. qvæ non transeunt in certum nomen Contractus, vel continent synallagma, vel non continent (uti nuda pacta) Qvæ synallagma continent, Contractus Innominati vocantur, & singularem qvandam obligationem pariunt. Hos Innominatos Contractus JCtus in *l.*7.§.1. *d t.* negotia esse, ait, qvæ ob causam, qvæ subest, obligationem pariunt: Utputa, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, ut aliqvid facias; hoc synallagma, i. e. contractus est, & nascitur civilis obligatio. Sunt verò in universum qvatuor caussæ: Do, ut des. Do, ut facias. Facio, ut des. Facio, ut facias.

VII. Prima causa faciens, ut negotium nomen Contractus Innominati sortiatur, est, Do, ut des; qvando rem do, ut rem accipiam: & nascitur ex hoc contractu civilis obligatio, actioq; inde descendens, præscriptis verbis appellatur. Causa appellationis est, qvia qvando vulgaria atqve usitata actionum nomina deficiunt,

præ-

præſcriptis verbis actione agendum eſt. *l.2.D. de Præſcr. Verb.* in qvam neceſſe eſt confugere, qvotiens Contractus exiſtunt, qvorum appellationes nullæ jure civili proditæ ſunt. *l.3. eod.* cùm ea ſit natura rerum, ut plura ſint negotia, qvàm vocabula, *l.4. eod.* In hac autem actione id venit, non ut reddas, qvod acceperis, ſed ut damneris mihi, qvanti intereſt meâ, de qvo convenit, accipere; vel ſi meum recipere velim, repetatur, qvod datum eſt, qvaſi ob rem datum, re non ſecutâ. De periculo ſupereſt qvæſtio, ad qvem pertineat in hoc contractu? Et ſiqvidem ſcyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, tuq; duntaxat culpam præſtare debes. *l 5. §.1. D. de Præſcr. Verb.*

IIX. Secunda cauſa eſt, Do, ut facias; qvando rem pro facto do. Affinis hæc videtur contractui Loc. Conduct. uti prima Emtioni Vend. Sed cum in hoc pecunia factum æſtimans interveniat neceſſe ſit, apparet differentia, cum hîc res pro re detur. Itaqve etiam ex hac cauſa peculiaris actio naſcitur; primò civilis, in hoc, qvod mea intereſt, vel ad repetendum, condictio. Sejungenda autem hîc notabiliter facta locari ſolita, ab jis, qvæ locari non ſolent. Si pro factis locari ſolitis rem dō, adductæ actiones competunt. Idem valet, ſi factum ſit tale, qvod locari non poſſit: ſive certum tempus adjectum eſt, intra qvod fieri poſſit, idq; cùm potuiſſet perfici, re nondum perfectâ tranſierit; ſive finitum non fuit, & tantum temporis conſumtum non ſit; ut potuerit debueritq; fieri; tunc enim condici ei poteſt, vel præſcriptis verbis agi. Aliter res ſe habet, cùm tibi aliqvid dedi, ut tu faceres aliqvid, tuq; feceris, mea autem res data evicta ſit; hoc enim caſu ſi ſciens dedi, de dolo, ſi ignorans, civilis in factum in me danda erit actio. *d. l. 5. §. 2.*

IX. Subit tertia cauſa, qvæ eſt, Facio, ut des. Ex hac nulla civilis, talis ſcil. de qvâ *d.* §. 2. expoſuimus, obligatio producitur: Si tamen dare ceſſaveris, poſtqvam ego feci, de dolo dabitur *d. l. 5. §. 3.*

X. Qvarta cauſa eſt, Facio, ut facias. Ut hæc ſpecies cauſæ rectè intelligatur, plura eſſe conſideranda, JCtus ait, ne ſeparanda confundantur. Per exempla nimirum rem clariorem reddere conatur Paulus. Pauli exempla cum Franzkio eloqvar *T. de Præſcr.*

Verb. n.50. seqq. Primum est, si paciscar tecum, ut tu à meo debitore Carthagine exigas, ego Romæ à tuo alterum; ut tu in meo, ego in solo tuo ædificem: Ibi mandatum contractum esse videtur, dum pecunia sine voluntate creditoris nulla alieno nomine jure exigi potest: verùm cùm mandatum gratuitum esse debeat, & expediri sumptibus & impensis mandantis *l.13. §.1. h. t. l. 10. §.9. ff. Mand. l.46.§ litis 6. D.de Procur. l.1. C. Mand.* hic 2. dum utriusq; factum ad summam computatur & compensatur, ut cujusq; facto omnes qvoq; impensæ ultro citroq; cedant, negotiũ sumtibus expediẽtis expediatur, & dehinc notissimos mandati terminos egrediatur, aliam esse naturam hujus negotii qvàm mandati, dicendum erit. Et qvanqvam JCtus sibi ipsi objiciat, haut conseqvens esse, cum aliqvod negotium egreditur terminos mandati, id statim alio loco qvàm mandati accipiendum esse; tùm qvia mandatum ex pacto suam naturam excedere potest, ut & custodiam præstes, & non ampliùs qvàm decem in exigendo impendas; tùm qvia hîc non exceditur natura mandati, postqvam mutuum officium præstatur, & mutuæ impensæ fiunt, qvæ postmodò judicio mandati, qvod b. f. est, compensantur, & pro non factis habentur *l.2. D. de Compens. l.4. C. eod.* respondet tn. Paulus, fieri id qvidem posse, si eadem semper impensarum qvantitas fieret, sed qvoniam hoc non fit, sed modò unus tantùm, modò majores qvàm alter impensas facere solet, idcircò propter dubitationes in judicio Mandati, si illud locum haberet, *exoriendas*, tutius esse, ut præscriptis verbis actio, qvæ qvando proprium nomen invenire non possumus *l. 1. pr. h. t.* competit, detur, qvæ actio Mandato similis erit, hoc est, sicut actione Mandati Mandatarius ad præstationem damni ex dolo & culpa sua contingentis tenetur, ita & in actione hac præscriptis verbis mutui hujusmodi debitorum exactores aut ædificatores ad similia in exigendo & ædificando obligati erunt. ita Franzk. hunc §. illustrat, dictaq; insuper ad superiores articulos, qvi vel Emtioni vel Locationi similes sunt, extendenda monet.

XI. JCtos nostros adire nunc interest, qvidq; hi interpretando assecuti sint, promendum. Qvæ caussa sit, qvod alii Contractus Nominati, alii Innominati dicantur, perseqvi ante omnia instituunt. Et sapè est hæc qvæstio in illarum numero, qvæ ad nos

per-

pertinent. Ea enim qvæ de conventionibus præfati sumus, qvasi ab altiore origine exorsi adduximus. *Bart. de Albor. l. 2. de Art. Cōtr. t. 18.* risu hanc qvæstioně excipit, & mera JCtorū commenta esse tradit. Cum verò hic nimis duriter in JCtos consuluisse videatur plerisqve, cum compertum sit, qvantâ Philosophiâ, eâqve non simulatâ *l. 1. pr. ff. de. J. & J.* imbuti Jus Civile tractaverint Romani, hinc est, qvod alii existiment, Nominatis Contractibus ab ipso Jure Gentium indita esse nomina, denegata Innominatis ideò, qvod illos communis omnium consensus & approbatio tanqvam magis opportunos ad commerciorum usum receperit, hos, ut non ejusdem commoditatis, nisi qvatenus justa subsit causa, prorsus rejecerit, iniqvum existimantes, ex simplici conventione ante implementum aliqvem adstringi ad præstandum de qvo convenit. Qvæ sententia placuit Bald. Alex. Connan. pluribus. A qvibus tamen *Ferdin. Mendoza l. 3. Disp. 30. c. 2. n. 3.* maximoperè dissentit: Neqve enim putandum esse, scribit, Jus Gentium, qvod summa ratio Naturæ est, dedisse nomina & obligationem emtioni & reliqvis nominatis conventionibus, & his, qvas Innominatas dicimus, denegasse, nec se deprehendere posse ait, qvâ ratione majorem fidem exigat in unis, qvàm in aliis, cum in utrisqve implendis eadem sit æqvitas, & in violando eadem iniqvitas. Argumentum Mendozæ plenius exeqvitur *Pich. Comm. J. 1. d. Act. q. 27. num. 14.* dicitqve: Si propter freqventiam crebrumqve usum Emt. Vend. similesqve conventiones Nominatæ dicuntur, permutationem etiam, qvam prisca tempora freqventissimè celebraverunt, ut historia testatur, & *Arist. Pol. 1. c. 6. Eth. 5. c. 5. JCtus l. 1. D. de Contrah. Emt.* Nominatum Contractum esse, dicendum foret, qvod tamen nemo dixerit, si JCto in *l. 1. §. 2. D. de Rer. Perm.* credimus. Facit igitur *Mendoza d. l. c. 3. n. 4. cum Hotom. in Tract. de Pact.* & ad Jus Civile Rom. referendum esse censet, qvicqvid de hac divisione in Contractus Nominatos & Innominatos qværitur. Qvod ut luculenter intelligatur, sciendum cum illis fuerit, Juris Gentium conventiones qvasdam, qvæ freqventiores sunt, & maximè ad usus humanos necessariæ, civilem obligationem producere. Harum conventionum actiones qvia in judiciis & commerciis freqventes erant, à Prudentibus

cer-

certis formulis, solennibusqve verbis comprehensas fuisse, porrò notandum, ne eas populus prout vellet, institueret, *l. 2. §. Deinde 6. D de Or. Jur.* Earũ igitur illas, qvæ in factis olim cõsistebant & postea in Albo Prætorio certas verborũ formulas cõtinebant, generale nomen amisisse, & peculiari suarum actionum nomine appellatas esse, indeqve Nominatas dictas: Innominatas verò, qvarum causa priscis illis temporibus actiones nullæ compositæ fuerunt, qvod minus usitatæ essent; & inde in generali conventionis nomine mansisse. Ut autem scrupulum de permutatione injectum removeant, inventum pecuniæ usum effecisse ajunt, ut permutationis contractus cæteris validior olim & freqventior in desvetudinem abiret, indeqve nec à Rom. inter Nominatas conventiones reciperetur. At verò etiam jam apud Græcos aliasqve gentes *Emt. Vend. Loc. Cond.* & similium nomina, audita sunt, ante R. Urbem conditam; haud negaverim, respondet Mendoza, ultra generale nomen eis conventionibus aliud fuisse, sed illud assero, certas, præscriptas, solennesqve & nominatas actiones in iis tantummodò apud Rom. admissas; unde & illæ Nominatæ conventiones appellatæ sunt. Recensui ferè sententias Dd. qvi longiùs præprimisqve subtiliter rem arcessere ab initiis visi sunt: nam ut alii prolixas commentationes fugiunt, ita & hujus qvæstionis faciunt compendia: *Wesemb, Dn. Struvius, Treutl. Ekbolt.* & similes, inde hujus divisionis causam repetendam esse perhibent, qvia naturâ rerum conditum est, ut plura sint negotia, qvàm vocabula, *l. 4. D. de Præscr. verb.* hinc adeò evenire, ut, cessantibus proditis & vulgaribus contractibus, non appareat, qvomodo redigi ad ordinem contractuum nominatorum qveant, eò fieri, ut ad innominatos sit recurrendum.

XII. Ex his intelligitur per definitionem nunc cognoscendum esse, qvid contractus innominati sint, in qvorum originem hactenus inqvisivimus. Dabimus autem primas definiendi partes *D. Franzk. t. de Præscr. Verb. n. 1. seqq.* qvi, ut præ cæteris omnibus in hac materia ingenium ostendere voluit, ita etiam imprimis qvid præstiterit, videndum. Finit is Contractum Innominatum, qvod sit ob rem datio ex conventione descendens, & proprio nomine carens. Qvò hæc definitio percipi possit, multa in ante-

antecessum notanda suggerit. Aliud esse ait, ob rem dare, aliud contrahere, vel contractum innominatum celebrare. Ob rem dare, esse, generaliter rem dare, ut alia seqvatur; Contrahere, esse propriè, prævià conventione ad dandum vel faciendum ultrò se obligare, *l. 19. D.d.V.S.* & ex contractu ob rem dare, ex conventione ultrò citroq; dare vel facere. Ob rem dare porrò generalius esse, & magis facti, ad Jus Naturæ spectans, qvo omnia sunt communia, distinctio dominiorum nulla: contrahere specialius esse, & magis ad Jus Gent. referri. *l. penult. D. de Præscr. Verb.* qvô & distinctio dominiorum introducta est, & consecutæ conventiones, qvibus qvâqve de re permutandâ inter homines agi posset. Tùm necesse esse, disserit, cum innominati contractus contractibus accenseantur, ut conventio hic præcesserit, qvò ita differentia specifica inveniatur inter contractus innominatos, & nudam ob rem dationem. Qvæ, uti qvoad ex natura rei progressus est Autor, tolerari qveunt, sic tamen comparata sunt, ut bona occasio sit mentem ejus aliunde interpretando adjuvare. Qvando enim ait, ob rem dare magis facti esse & ad Jus Naturæ spectans, qvo omnia sunt communia, hæc sententia eò accipienda est, non ut simpliciter communionem rerum naturaliterqve admittendam esse statuamus, sed qvod vel ab initio sint communia, anteqvam ab alio occupentur, vel qvod etiam post occupationem qvædam communia maneant, & omnibus ex æqvo liberè usurpanda exposita sint. vid. ipse *D. Franzk. t. Comm. Divid. n. 5. p. 312. Genes. c. I. v. 28. c. 1. dist. 8. c. 7 & 9. dist. 1.* per hanc namqve communionem non omne tollitur dominium, siqvidem ante bonorum distinctionem dominium est facultas justa utendi re communi; sive, ut *Grot. d. J. B. & P. l. 2. c. 2. n. 2.* loqvitur: Usus universalis Juris erat tùm vice proprietatis. Alioqvin enim cum Philosopho *Pol. 1. c. 2. 3. & l. 5.* Jus Naturale potiùs in Civitate qværemus, ubi ex justo distributivo dominia rerum jam distincta sunt. Qvod tamen iterum eò intelligimus, ut distributio possesionum non tollat omnem communionem vel usu talem, *Arist. 2. Polit. 3. ibiq; Paraphrastes p. 117. Dn. Feld. El. Jur. Un. part. 4. m. 5. §. 4.* De cætero Franzkii sententiæ adjicimus, ob rem dationem non excludere conventionem aliqvam, qvippe qvam ad omnia

de qvibus negotii contrahendi transigendiqve causa consentiunt, qvi inter se agunt, pertinere, ex *lege 7.§.3.D.de Pact.* adstruximus. Facilè interim largimur, dationem ob rem magis facti esse, si verba eò interpreteris, dationem ob rem potius respicere ad dationem vel factum, qvam ad consensum. Non enim solum consensum parere obligationem sed & dationem vel factum intervenire debere, facilè nobis persvadet *l. 1.§. 2. ff. de R. Perm.* ubi de permutatione, contractu innominato, scribitur, eam ex re tradita initium obligationi præbere. *Jung. d. l. 1. §. 2. verb.* Alioqvi si res nondum tradita &c. *D. Struv. Exercit. 25. th. 9.* cum veteribus JCtis definit, qvod sint conventiones, qvæ in aliud nomen, seu formam certam contractus non transeunt, propter causam tamen, qvæ ipsis subest, actionem civilem pariunt. Vel: Qvod sint conventiones, qvibus varia & indefinita negotia celebrantur, & præstito qvodam, alter ad præstandum id, de qvo convenit, rursus obligatur: *conf. D. Tabor Ipr. Elem. p. 3. sect. 4. th. 15. Bitt. Aur. sect. 4. th. 16. Habn. in Not. ad Wesemb. tit. de Præsc. verb.* Contractum Innominatum conventionem esse ait, qvæ habet causam sine nomine, sc. specifico seu constitutivo, ut loqvuntur. *Vultej. in Ipr. R. l. 1. c. 41.* tradit esse negotia, qvæ ex Jure Civili nullum nomen habent certum, habent tamen negotium civile, cujus forma generalis est, nec certis limitibus definita. Hic videri cuiqvam posset, per hanc definitionem, negotia non satis discerni: Siqvidem qvædam horum ideò Contractibus innominatis annumerantur, qvia incertum ac dubium est, qvis Contractus sit celebratus, qvædam autem ob eam causam, qvia non omnes conventiones generatim sumtæ ad certa & definita negotia, propter sui utilitatem ad actiones producendas confirmata, per naturam rerum redigi possunt, qvâ plura sunt negotia, qvàm vocabula. Discrimen hoc igitur probè notandum, qvod etiam elegāter notavit *Struv. Exerc. 25. n. 2. Petr. Osterm. Disp. 30. Coll. Col. thes. 6.* Omnes tandem DD. diversis verbis rem eandem exprimere videas, Multum solidi eorum sententiis inesse, uti verum est, ita multum etiam eorundem autoritati tribuendum non diffitemur.

XIII. Ex

XIII. Ex his definitionibus illud deduci posse putant, rei interventum ad hos contractus eorumqve naturam reqviri. Textum allegant *l. 1. §. 2.* verbis, permutatio ex re tradita initium obligationi præbet. *ff. de R. Perm. & l. 6. C. eod.* ubi rebus certis traditis, si conventioni non pareatur, actionem præscriptis verbis dandam. ex juris autoritate Impp. rescribunt. Istud itaqve pro certo habent, solum consensum in his contractibus non parere obligationem, sed dationem vel factum ab uno reqviri, ut alterum qvis habeat obligatum: & hanc causam esse, qvod hi Contractus non stare in suo nomine, sed causam habere dicantur. *l.7.§.2.de Pact. Bachov.ad Wesemb.h. t. Habn.ad eund. n. 1.* Sunt tamen qvidam, inter qvos *Mastertius* est, qvi propter *l.3.§. 4. ff. de Cond. Causa data &c.* Contractus Innominatos etiam ante ullam dationem aut factum solo conventionis jure obligationem civ. parere astruit. *l. 1. dub.37. de Just. L L. Rom. sed cum Ekbolti judicio t. de P. V. n. 2. p.264.* Leges pro sua assertione astruenda nimium torqveat, & ab *Habn. ad eund. t. n. 1.* satis ad reponendum suppeditetur, de eo non multum laborabimus. Sufficit plerosqve consentire, naturam & formam contractuum Innominatorum in eo consistere, qvod conveniat inter duos de dando vel faciendo ita, ut cum nominatus Contractus, qvi ad certum qvoddam objectum, & definitum contrahendi modum est determinatus, non subsit, is, qvi dedit vel fecit, alterum sibi obliget ad vicissim aliqvid, qvodcunqve placuerit, præstandum. *l. 7. §.1. de Pact. l. 1. §. 2. Verb. ex re tradita &c. de R. P. Struv.Exerc. 25. th.10.* Apparet igitur, in Contractibus Innominatis, ut obligatio nascatur, reqviri rei interventum, seu ut Ulp. loqvitur, ut subsit causa *d. l. 7. §. 1. ut Paulus*, traditionem rei *l. 1. §. 1. de R. P.* uti JCti explicant, ex alterutrâ parte implementum.

XIV. Conseqvens igitur qvæstio est, an ante implementum, & re adhuc integrâ aliqva ex innominatis conventionibus obligatio nascatur? Et naturalem qvidem etiam ante implementum nasci *Accurs.* docet ad *l. Petens. 27. C. de Pact.* cujus sententia communiter à Dd. approbatur, confirmariqve posse putant ex *l. 5. de P. V. verb. & hinc* nasci civilem obligationem; qvibus verbis inferri existimant, antea naturalem natam esse; facere

 huc

huc expresſiùs *verba d. l. 7. pr. Juris Gentium conventiones qvædam exceptionem pariunt* : qvorum vim eò exponunt, naturalem obligationem natam fuiſſe, cum ab ea exceptio producatur, qvæ Juris Naturalis cenſetur. *Bald. contra in d. l. petens*, ne naturalem qvidem obligationem ante implementum naſci defendit. *Baldum* ſeqvuntur *Martin. Monter. Berenger: Fernand. Minchaca, alii.* Argumenta pro inſtitutô ſuo hæc affert: ſi permutatio ex re traditâ initium præbet obligationi *l. 1. §. it. Emtio verb.* Permutatio autem. *de Rer. Perm. verbum OBLIGATIONI* non ſolum de civili, ſed etiam de naturali accipiendum eſſe. Item: ſi conventiones innominatæ conditionales ſunt, ut ex earum conceptione conſtat, ante implementum nec naturalem obligationem producere qveunt, ex regula *l. conditionales 54. l. cedere diem, 213. de V. S.* nec illud prætereundum: qvoniam pœnitentia unius ab hujuſmodi contractu recedi poteſt, *l. ſi pecuniam 5. verb.* ſed liceat pœnitere. De Cond. cauſa data &c. Ergo naturalis obligatio ante nata non fuit, qvoniam ſi nata eſſet, mutuus conſenſus ad eam diſſolvendam eſſet neceſſarius, ex *l. nihil tam naturale 36. de R. J. l. ab Emtione 59. l. Stichum 95. §. naturalis D. de ſolut.* Præterea is, qvi ex parte ſuâ aliqvid præſtitiſſet, naturali ratione impediente repetere non poſſet *l. naturaliter 13. D. de Cond. Indeb.* Ex qvibus rationibus nec Jure Canon. in Innom. Convent. ante implementum obligationem naſci docet idem *Baldus in l. cum qvis n. 13. C. de Jur. & fact. ignor.* Ad hæc argumenta reponunt, qvi prioris ſententiæ Dd. adhærent, parum ea poſſe ad ſubvertendum immotum Juris principium. Ad *L. 1. §. it. Emt. verb. Perm. eam* de civili obligatione efficacem ad agendum actionem pariente, qvæ ſubſiſtente cauſa, implemēto ex alterutra parte ſecuto, oritur, intelligendâ eſſe dicunt: arguere id vocem OBLIGATIO: qvam de potiori & ſic de civili capiendam ſatis *arg. l. 1. §.* Qvi in perpetuum *ff. ſi ag. vect. l. Emphyt. pet.* conſtare, nec obligationem naturalem propriè obligationem eſſe, notante *Parlador. P. 1. Rer. qvotid. c. 9. n. 15.* approbare id inſuper definitionem obligationis, *pr. J. de Obl à Juſtin.* propoſitam. Accedere conſenſum ipſius JCti in *c. l. verb. alioqvin.* In eâ eum ab abſurdo ſic ratiocinari: Qvod ſi ante traditionem oriretur obligatio, nudo conſenſu eam conſtitui

ſtitui diceremus, qvod tamen eſt abſurdum: de Civili ergò loqvi Paulum, cùm de naturali non abſurdum, ſed regulare ſit, eam nudo qvoqve conſenſu conſtitui, qvi æqvitate ſubnixus ſufficiens eſt ad naturalis obligationis ortum *l.1.D.de Conſt.Pecun.l.Stichum* 95. §. *naturalis D. de ſolut.l. cur amplius* 85. §. *Is natura debet de R. J.* Falſum & ſecundum argumentum Baldi eſſe contendunt, nec enim verum, conceptiones in Innom. Convent. in vim Conditionis fieri; contrarium probare *l.3.§.1.D.de Cond.cauſa data &c. l. naturalis. 5.pr.& §§.ſeqq. de Præſcr. verb.* ubi diſertè tradere *Meneſen* ajunt, & ante eum *Accurſ.* Contractum Innominatum non eſſe, ex qvo conditio actui adjiciatur. Diſtingvendum tamen hîc monent Modum à conditione; Cumq; innominatæ conventiones non in vim conditionis, ſed in vim modi concipiantur, obligationis naturalis ortû impediri non poſſe dicunt *l.cum ab eo* 41.*de Contr.Emt.* Ut ad tertium argumentum reſponderi posſit, obligationem naturalem ſimplicem ab reſpectivâ ſecernunt: In ſimplici obligatione locum habere dicentes, ne posſit qvis repetere id, qvod per naturalem obligationem præcedentem ſolutum eſt, qvia verè debitum eſt, *l. in diem* 10. *l. naturaliter* 13. *de Cond.Indeb.* Qvod ſi autem obligatio non ſimplex ſit, ſed reſpectiva ob implendam cauſam aliqvam de futuro, dicunt, eum, qvi implevit ſi factum tale ſit, qvod repeti posſit, repetere poſſe, non qvidem ex capite condictionis indebiti, ſed ex eo, qvòd anteqvam adverſarius impleat, permiſſum eſt pœnitere. *d. l. ſi pecuniam, verb. ſed cùm* liceat pœnitere; ſine incommodo tamen adverſarii. *verb.niſi* fortè tua interſit *ff. de Cond. Cauſa data &c.*

XV. Reſtat, ut qvæ actio ex his Contract. Innom. competat, perſeqvamur. *Præſcriptis verbis* ea vocatur. Parum intereſt, aut ad rem facit, an perſcriptis verbis cum *Hotom.* legere malis. Hanc ex duplici fonte oriri *Hahn. h.t.* tradit, 1. ἀνωμάλως, ob probabile dubium, qvando ſubeſt qvidem negotium certum nomen habens, ſed dubitatur, ad qvam ſpeciem nominatorum contractuum referri debeat, exindeq; illud collocatur inter Contractus Innominatos *l.1. de P.V.* 2. Ordinariè ex Contractu Innominato. Hæc ambiguitas propterea asſignanda fuit, ut tolleretur dubium, qvare æſtimatoria actio præſcriptis verbis appellatur. Qvamob-

rem verò hoc nomine veniat, variè Dd. loqvuntur. *Wesenb.* putat, eam ita vocari, qvia non ad certam aliqvam formam accommodari potest, cum ipsa negotia, unde oritur, sint varia & incerta, ideoq; præscriptis verbis in factum qvodlibet à Prætore informetur. Sed hæc descriptio fortè ad primam significationem explicandam pertinebit, uti & illa, qvando ita vocari dicitur, qvia deficiente actione vulgari, vel cum proprium nomen invenire non possumus, ipsum gestum describitur, & verba ipsa in ipsum factum concipiuntur, qvo ita Prætori descripto, ipse eadem verba olim Judici præscribebat; unde præscriptis verbis *d. l.1. it.* in factum, & in factum Civilis dicitur. Meliùs attingere scopum illa videtur, cum hoc nomen invenisse memoratur propterea, qvia proponebatur Conventio, h. e. negotium celebratum, uti gestum erat, & posteà ex verbis illis præscriptis in factum agebatur: ideoqve præscriptis verbis rem demonstrabat hæc actio, & ea demonstratio vice nominis fungebatur, qvâ caret. *Duar. ad l.7. ff. de Pact. Don. de Præscr. Verb. c.21. n.1. Vinn.* §.1. *d. Loc. Cond.* Vocatur præterea civilis, qvia jure civili interpretatione Prudentum *l.7.* §.2. *de Pact. l.5.* §.2. *de P. V.* est prodita. *Habn. ad Wesenb. h. t. n.1.* Describi potest Actio personalis ex contractu innom. directò descendens, civilis, stricti juris, competens ad contractum ex fide placiti implendum, vel ad præstandum id qvod interest. *Ekbolt. ad h. t. n.2.* Qværi circa eam à Dd. solet, an in omnibus casibus stricti juris sit: & excipiuntur articuli, Do ut des, seu qvando ex permutatione & de æstimato agitur. §.28. *Inst. de Act.* ubi Imperator post hæc verba, PRÆSCRIPTIS VERBIS: statim subjungit; QVÆ DE ÆSTIMATO &c. ut innuat particula QVÆ, non omnem actionem præscriptis verbis esse actionem bonæ fidei, sed duas has tantùm, cùm fermè appareant, esse species venditionis *l.1. ff. De Æstimator. l.1. de Rer. Perm.* Qvo ipso intelligi potest, non Imp. arbitrio actiones alias esse bonæ fidei, alias stricti juris, sed qvia earum natura ita fert: Nec enim Imp. rerum naturas vult immutare, licet illarum effectus impedire possit. *arg.* §.2. *Inst. de Usuc. l. un. C. de Usuc. transform.* §.2. *Inst. de Usufr. Bacchov. tr. de Act. Disp.6. th.8.* Cæterum qvoad hoc, dubium oritur, qvòd hæc actio competat ad præstandum id, qvod interest, cùm tamen in obligationibus dandi

præ-

præcisè res, ejusqve dominium tradi & transferri debeat, *l.75.ff. de Verb. Oblig. Sed resp. Habn. in Not. b t.* in his Contractibus hoc speciale esse, seu à regulis juris communis & certarum obligationum dandi naturâ recessum fuisse. Nec illud prætermittendum est, an hæc actio cum aliis civilibus & ordinariis actionibus concurrere possit? *Wesemb. f b. t. posse* ait, affertq; argumenta. Refellit Wesembecium *Ekbolt. Comm. ad Pand. b. t.* ejusq; rationes diluit, legendo vestigia *D. Habn. ad Wesemb. d.l. n. f.* Qvanqvam lubentes fateamur, *Wesemb.* in multis, ubi corrigitur, conciliari posse, si ipsius, Præceptoris Germaniæ, honori velificari velimus: Nec reticendum fortè fuerit, eos, qvi ex ejus Commentariis sapere didicerunt, lucubrationum Illius nullam facere mentionem, qvo vix à crimine plagii immunes sunt.

XVI. Veniendum nunc ad species Contractuum Innominatorum, qvos Regulares cum Dd. appellabimus, ne fortè ex æstimatorio & permutatione, (si qvidem eos seqvimur, qvi eam ab articulo Do ut des, diversam non faciunt) obscuritas supersit, sufficere illas ad Contractuum Innominatorum species accuratè recensendas, *Padilla in Var. b. t. l. 5.* astruit: cum Padilla rationem reddes: Qvia res & facta non ampliùs qvatuor modis inter homines commutari possunt, hinc esse, qvod qvatuor species seu articuli contractuum Innom. oriantur: Do ut des; Do ut facias; Facio ut des; Facio ut facias.

XVII. De articulo Do ut des prima cura est, ut dispiciamus, an à permutatione differat. *Anton. de Padill. in l.5. §.1. b. n.9. Zoës. eod. n.4.* nullum discrimen agnoscit. Calculum adjicit *Franz. n.24.* h. modò ex hypothesi ejus notemus, consensum prævium ad dationem reqviri, si debeat cum permutatione paria facere, cum alioqvin etiam nuda ob rem datio esse posit. Qvi eandem faciunt cum articulo Do ut des, nituntur *argumento d.l.5. §.1. ubi qvod in fronte §. JCtus* dixerat permutationem, in fine ait esse articulum Do ut des. Qvam interpretationem si recipias, illustrare poteris autoritate *Vaconii à Vacuna* bonæ frugis Autoris, qvi *l.1. Nov. Declarat. 27. Num. 6. p. 36.* ita scribit: Non enim permutatio est species, sed est duntaxat genus: *add. n.4.* ex cujus fonte posteà sua hauserunt *Dn. Franzk. & Ekbolt.* licet Vaconii nomine omisso. Defini-

finiunt in hoc ſpecifico ſignificatu permutationem ſive Artic. Do ut des, eſſe contractum innominatum, qvo res propria ſive jure dominii, ſive alius juris in re, ad eum finem datur, ut alia res propria vicisſim ab accipiente danda ſit, *arg.l.1. pr.* & § 2. *de R.P. d.l.5.* §.1. *de P. V.* Alii volunt, ut-qvaſi in claſſe qvadam Porphyriana permutatio vices generis obeat, *arg. l.1. de R. P.* cujus ſpecies ſint Art. Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias. *tot. l.5. de P. V.* In diverſam planè ſententiam eunt *Weſemb. h.t. n.10. Caſp. Manz. Comm. Inſt.* §.28. *de Act. n.12. Treutl. Vol.1. Diſp.30. Э.7. lit.f. Anton. Fab.6. Conject.9.* exiſtimantes, eò differre, qvod in permutatione ſpecies cum ſpecie, in Articulo Do ut des genus cum genere commutetur. Qvod tamen rurſus prius recitatam ſententiam tenentes refutant, tùm qvod genus propriè tradi neqveat, tùm qvod Do ut des, ut & permutatio rerum tàm generis qvàm ſpeciei ſit, *per l.5.* §.1. *de Præſc. V. l.1.pr.* & §.1. *de Contrab. Emt. l.1. pr.* & §.2.*ff. l.3. 7. C. de Rer. Perm.*

XVIII. Qvomodo ab Emt. Vend. differat ſpecies Do ut des, qvam, ut recenſuimus, eandem cum permutatione conſtituunt, tradendum nunc ex Interpp. eſt. Admodùm enim vicina videtur *Emt. Vend. l.5.* §.1. *de P.V.* & tamen ſeparata & propria Contractus Innominati ſpecies habetur, §. *it.precium Inſt.de Emt.Vend.* Differre autem cenſent in eo, qvod in Articulo Do ut des, ſeu in Permutatione res propria qvælibet, qvæ eſt in commercio, detur, ut ob rem datam vel pro re illa teneatur accipiens vicisſim rem, de qva convenerit, qvamlibet dare, *t.t. D. de Rer.Perm.* in Emtione Vend. pro re pecunia reqviratur, *d.l.* §.2. ſed qvid ſi pecunia detur, ut merx detur aut contra? Gravis hic contentio eſt inter *l.5.* §.1. *h. t.* & *l. fin. de Cond. cauſa data &c.* Interpretes horribilem eam antinomiam vocant. In utraqve Lege de hac facti ſpecie tractatur: Dedi tibi pecuniam ut rem v.g. Stichum dares. *Celſus in d. l. ult.* negat negotium illud pro Emt. Vend. habendum. *Paulo* Emtio Vend. habetur §. 1. *hic. Franzk.* ut componat has lites, ex principio ſuo propoſito, qvid reſpondendum, decernit. Utrumq; JCtum rectè loqvi ait, Celſum, ubi conventio nulla præcesſit, Paulum, ubi præcesſit. Illo caſu Emt. Venditionem non eſſe, eſſe autem poſteriori. Alii diſtinctione rem explicare nituntur; aut enim inqviunt,

initio

initio convenit de re certa,pro certo pretio tradenda, & est Emtio Vend. *l.* 5. §.1. aut talis conventio non præcesſit, ſed alter demum accipiendo pecuniam obligatur ad rem vicisſim dandam, & eſt Permutatio ſeu Contract. Innom. Do ut des. *d. l. fin. Struv. Exercit.* 25. *n.*16. At qvid reponetur *l.* 1. §.3. *D. de Pact.* omnem contractum in aliqva conventione fundatum eſſe? alii clavem analyſeos dubii in verbo *pecuniam d. l.*5. §. 1. qværunt: Qvæ ſi pro precio ſumatur,Emtio contracta erit *d.l.*5.§.1.§.2.*Inſt.de Emt.Vend.* Si verò pecuniam pro qvantitate vel corpore,uti loqvuntur,accipias *l.*94. §.1.*D.de Solut.*permutatio hoc negotiũ erit, qvæ conciliatio ex illis duabus legibus fluit. *d.l* 5.§.1. enim dicitur, qvod,ſi pecunia pro re accipienda ſit data, Emtio ſit, ubi pecuniam oportet conſiſtere in precio *d.* §. 2. *Inſtit. de Emt. cum vero d. l fin. D. d. Cond. Cauſa data &c.* idem caſus qvi *d.l.*5. §.2. tractetur, aliud verò ibi ſit prædicatum, nempe non eſſe emtionem, ſed obligationem natam ex re data re non ſecutâ, id eſt, articulum Do ut des, neceſſe eſt, ut *d.l.fin.* pecunia ſumatur pro qvantitate, qvod aptè qvadrat in permutationem ſpecificè ſumtam.

XIX. Obligatio & actio ex hac ſpecie deſcendens eſt talis, in qvâ id venit,non ut reddas,qvod acceperis, ſed ut damneris mihi,qvanti intereſt mea, illud de qvo convenit accipere. *l.*5. §.1. *hîc.* Hoc loco illud monendum, ceteros ferè JCtos omnes recitatione horum verborum contentos, unum autem Franzkium eorum etiam rationes reddere voluiſſe. Ut reddat,ita differit. Qvia omnis contractus conventionem qvandam continet, & proinde etiam contractus Innominati, ſi conventio illa aliqvid ſpeciale operari debet, oportet certè aliqvid aliud, qvam repetitionem rei operari. Repetitio enim nuda tunc conceditur, qvando ob rem generaliter dedi, nullâ præcedente conventione. Sed qvia ob rem datio genus qvoddam contractuum eſt, & illius naturam omnibus contractibus, tanqvam ſpeciebus ineſſe neceſſe eſt; hujus verò eſt nuda repetitio: inde eſſe, ait,qvod JCtus dicat, liberum mihi eſſe, ſi actione ad id qvod intereſt, nolim uti, ut condicere rem meam posſim,cauſa ex alterius parte non ſecutâ. Præter hanc ad intereſſe actionem, datur & illud ei, qvi rem ſuam dedit,judicium, ut adverſarius vicisſim rem tradere debeat. *d.l.*5. §. 1. & qvidem rem ſa-

 nam

nam & incorruptam *l. 4. l. f. C. de Rer. Perm.* imò liberum eſt, rem datam condictione repetere, *d. l. 5. §. 1. l. f. D. de Cond. Cauſa data. &c.*

XX. Supereſt ut caſum *l. 5. § 1.* adjectum expendamus. Si Scyphos tibi dedi ut mihi Stichum dares, cujus periculo Stichus erit? videtur ad illum pertinere, qvi Stichum non dedit, cum indubitati juris ſit, rem ſuo domino perire, *l. 9. C. de Pign. Act. & L. ult. D. de Condict. Cauſa data. &c.* Ait autem JCtus, eſſe periculo ejus qvi ſcyphos dedit. Ut hæc expediantur *Coraſ. 2. Miſcell 9.* putat ſemper obtinere, ut periculum ſit ejus qvi dedit, propter *l. ult. D. de Cond. Cauſa data &c.* textum autem *in l. 5 § 1. f.* hîc, ita interpretandum, eſſe qvidem meo periculo, ut rem non petam, non, ut datam amittam: id eſt ut accipiens ſcyphos liberetur qvidem præſtatione interitus, non tamen accepti reſtituendi neceſſitate, qvia in *d. l. 5. §. 1.* etſi diſtinctæ obligationes non ſint, ſed una tantum & unus contractus, duplex tamen ſit actio, ubi altera ad complendum, altera ad diſſolvendum contractum competat. *Franzk. cum Hortenſ. ad d. l. 5.* dicit, rectè *Celſum in l. ult.* aſſerere, periculum & commodum, in ob rem datione, anteqvam ab altera parte viciſſim datum ſit, nullum transferri: rectè qvoqve Paulum in diverſa ſpecie permutationis aſſerere, hoc ipſo in caſu periculum in dantem tranſire, & eundem interpretatione juris pro domino haberi, modò obſerventur ea, qvæ de ob rem datione, in qva nulla præceſſit conventio, & de contractibus, ubi conventio præceſſit, dicta ſunt. Fortè & apparens fronte primâ hæc diſcordia ex *d. l. 5. §. 1. & d. l. fin.* concors fieri poteſt, ſi præſupponatur ex *th. 18.* actionem præſcriptis verbis aſſimilari actioni ex Empto, & qvi dedit ſcyphos, inſtar emtoris eſſe, qvi verò illos accepit, pro venditore haberi, qvaſi vendiderit Stichum, ſed nondum tradiderit; jam ponatur, emtoris periculum eſſe, etſi res nondum ſit tradita *§. 3. Inſt. de Emt.* Condictionem v. illâ ob cauſam dati affinitatem habere cum condictione ex mutuo, qvæ licet res mutuata perierit, non extingvitur: ac ita periculum eſſe ipſius accipientis ſcyphos dicemus ex d. l. fin.

XXI. Hæc ſunt qvæ circa primam ſpeciem diſceptare ſolent Dd. Secundus articulus eſt Do ut facias. Cum hæc vicina

locat.

locat. Conduct. deprehendatur, primum omnium de discrimine inveniendo, soliciti sunt. JCtus ait, si factum locari solitum sit, & pro eo pecunia detur, Loc. Conductionem esse, si res, hunc contract. Innominatum Do ut facias. Interpp. addunt, differre tùm ratione modi contrahendi, cum Loc. Conductio solo consensu, Do ut facias, rei interventu contrahatur: tùm ratione rei; qvia in locatione conduct. merces in pecunia numerata, in do ut facias, in qvavis re aliâ consistere possit *l. 8. §. 2. h. t.* tùm ratione facti: cum locatio non in qvolibet facto sed qvod locari solitum sit, ponatur. Exemplum est in labore Professorum, Advocatorum, qvi tam nobilis in Rebusp. semper æstimatus fuit, ut omnem locationem aspernaretur; nisi qvidam sint & esse velint, qvi instar agyrtarum propudiosè locant operas, sibi ipsis conscii, illas nihil prodesse. *Donell. d. Tr. de P. V. Cujac. ad l. 7. de Pact. Struv. Exercit. 25. th. 25.* Franzkius & hoc adducit, qvod licet & factum sit locari solitum, & pecunia pro eo detur, si tamen non ex conventione prævià, sed factum seqvente detur, non pro loc. Conductione, sed Contr. Innominato. Do ut facias haberi debeat. *l. 22. hîc. l. 10. §. ult. de Pign. § 1. Inst. Loc. Cond.* Si itaqve res data sit, si sit factum qvod locari soleat, nec fecero, duplex hic actio nascitur; una ex Contractu & directò ad contractum implendum, id est, actio Præscript. verb. altera ad id, qvod datum est, repetendum, *d. l. 5. §. 2. Franzk. n. 32. hîc. vid. Wesemb. hic. & Habn. ad eum. Treutl. eod. & ad eum Bacchov.* Et id qvidem omnes expeditum esse dicunt, ubi qvis rem suam dedit, & accipientis fecit, subesse autem difficultatem, si res aliena data fuerit, & posteà evicta; v. g. dedi tibi servum, ut tuum servum manu mitteres: manu misisti, & is, qvem dedi, evictus est; qvid hic obtineat, qværitur? qvæ actio illi danda, qvi factum præstitit. JCtus ex nativis JPrudent. principiis distingvit, *d. l. 5. §. 2. f.* an sciens rem alienam esse, dederim, an ignorans. Et si qvidem sciens dederim, de dolo in me actionem dandam; sin ignorans, civilem in factum. De hac facti specie diversæ apud Dd. opiniones sunt. *Jason in hac l. 5. §. 2.* cum aliis in ea sententia fuit, hanc facti speciem ad Contr. Innominatum, Facio ut des, referendam, ex eo argumento, qvod Contractus Innominati non ex

conventione, qvâ sola non contrahuntur, sed ex implemento potius suo cognoscendi & æstimandi sint. Unde si id, qvod datum est, evictum sit, perinde esse ac si nihil datum sit, & proinde cum alter reverà fecit, hoc est, servum manu misit, & ita dationem alterius veram prævertit, ab ipso solo contractum nominandum esse, & pro facio ut des habendum, ex qvo demum actio de dolo propriè competit. Qvæ causa est, qvod qvidam hunc casum in § 2. expressum, cum seqven. §. conjungendum putent: *Gl. ut refert Jason. ad h.l.* qvod tamen Cujacio haud probatur in *Par. h.l.* Verum nec hoc argumentum satisfacit. *Glossa. ad h. §. 2.* & *Salicet. ad eund.* argumenta argumentis opponunt, dicuntq;, ex eo, qvod Contractus ab initiô suo & illo, qvod essentiale illi est, non verò consecutione & accessione accidentali qvadam, (loqvor Stylo JCtorum) æstimandi sint. *Franzk. n. 34. 35 v.* omninò *Wesenb. D. de Pact. n. 10. p. 84.* Igitur nunc alia Disputatio subit. Num si est Contractꝰ do, ut facias, ex illo indistinctè competat & sufficiat actio Præscr. verb. an verò actioue de dolo interdum opus sit? *Gl. ad l. 5. §. 2. h. t.* actionem de dolo pro actione præscriptis verbis exponit, qvæ actio præscriptis verbis propter dolum competat. Sed cum *Gl. Bart.* & alii rejiciant, videndum qvid dubii subsit. Res obscura est propter dissensionem *Ulp. in l. 7. §. 2. de Pact.* à *JCto* nostro in *hac l. 5. Ulpian. in c. l. Julianum* non distinxisse, sed hac ipsa in facti specie generaliter in factum actionem non Civilem sed Prætoriam dedisse refert. Deinde Mauritianum laudat, qvi reprehenderat Julianum, & indistinctè actionem præscriptis verbis competere asserit. *Paulus in c. l 5. §. 2.* Julianum distinxisse memorat, an qvis sciens an ignorans rem alienam dederit, & pro diverso casu diversam actionem dedisse. Hos dissentientes *Don. tr. de Præsc. Verb. c. 13.* ita explicat: Juliani nempe sententiam in *l. 7 §. 2.* non integram scriptam esse, sed ex parte relatam saltem, in qvantum scil. ab eod. Mauritianus dissenserit: qvando nimirum qvis sciens alienum servum dedit: dehinc Paulum in *l. 5.* non approbare, sed referre saltem distinctionem Ulpiani. A Donello alienus Franzk. est *n. 36.* nam & integram Juliani sententiam *ab Ulp. in l. 7.* referri existimat, à Paulo qvidem aliqvantò expressius, dum scientiam ab ignorantia, actionem de dolo ab actione in factum,

qvæ

qvæ illi subsidiaria est, sejungit, & distinctim exprimit, ab Ulpiano aliqvantò generalius, dum in genere saltem loqvitur, & actionem in factum Prætoriam, qvæ extraordinaria est, civili, in factum, h. e. præscriptis verbis, qvæ est ordinaria, opponit; & qvia rationem etiam generalem à Synallagmate desumtam ex Mauritiano refert, & adductæ facti speciei adcommodat, verisimile esse putat, Mauritianum omnimodò à Juliano dissensisse, & qvemadmodum hic propter evictionem possessione avocatâ, nihil planè actum contractumve putans, *arg. l. 3. D. Act. Emti. l. 22. D. de Acqvir. Possess. l. 14. de Except.* actionem civilem deficere, & extraordinariam in factum prætoriam dandam esse voluit, ita illum, qvod συνάλλαγμα subsit, h. e. res reverà, tametsi aliena, tradita non in terminis nudæ conventionis constiterit, civilem competere statuisse, & in hoc Julianum reprehendisse. Postqvam hæc ita disseruit, dicit, hunc § *2.* à Triboniano interpolatum esse, & Juliano Pauloqve voculam CIVILEM dirimendæ inter hos JCtos litis causâ additam, remqve ita se habere, ut nimirum in adductâ facti specie, sive sciens sive ignorans qvis servum alienum dederit, actio civilis, hoc est, Præscriptis verbis illi, cui evictus est, competat; priori casu de dolo coërcendo, posteriori in factum saltim nudum, hoc est id, qvod interest, præstandum: Consentiunt cum *Franzk.* de vocula CIVILI imperitè à *Triboniano* adjectâ *Cujac. Duar. in l. Juris Gentium, Wesenb. Par. n. 9.*

XXII. Conseqvens, est ut articulum Facio ut des cum JCtis consideremus. Si tu, posteaqvam feci, cessas dare, Paulus loqvitur, nulla erit civilis actio, & ideò in factum dabitur. Illud hic primum in qvæstione versatur, an ex hoc articulo etiam actio præscriptis verbis detur. Inter negantes *Zoes. est. Comm. b. l. n. 4. 5. Petr. Osterm. in Colleg. Colon. Disp. 30.* hæc verba priscam ætatem & omnium JCtorum secula, prout verba habent, accepisse *Donell. verò in Tract. de Præsc. Verb. c. 20. & l. 14. Comm. c. 35. & l. 15. c. 40.* novam adinvenisse interpretationē dicit. Interpretatio ejus distingvendo absolvitur: aut enim qvi fecit impleri contractum postulat, (ita loqvitur) & tunc actio præscriptis verbis ei nō denegatur *arg. l. 3. l. 15 l. si polienda b. t. l. 7. §. 2. de Pact.* aut recedere cupit à Contractu, & tunc locus est *d. §. 3,* qvod hic non detur condi-

ctio ad repetendum, facta enim infecta fieri non possunt, *arg. l. verum ff. de R. J.* sed in ejus locum succedit actio de dolo, *l. 4. C. de dolo malo.* Donellū impugnat *Bacch. ad Treutl. h. t. th.* 10. & Treutlerus monet, non recedendum esse à communi in judicando sententia, qvamvis theoretica veritate inspecta qvis cum Donello facere posiit. Alii distingvunt, an ex facto utilitas aliqva ad alterum, qvi dare debuit, pervenerit, an non? ita ut priori casu propter synallagma, qvod subest, actio præscriptis verbis competat posteriori verò actioni de dolo locus sit, *Ludw. in N. t. Wesenb. h. t. f.* Nec multum ab hac sententia abit *D. Joh. Ott. Tabor. Partit. E. p. 3. f. 4. th. 16. f.* distingvens ex *l. 15. D. h. t.* utrum in tali negotio manifestè dolus arguatur, nec ne: ut priori casu ad dolum corrigendum non hæc civilis, sed actio de dolo detur, *in d. l. 5. §. 3.* maximè si nulla ad eum, qvi dare debuit, utilitas pervenerit: posteriori verò casu actio in factum præscriptis verbis competat. Qvemadmodum autem Contractus Do, ut facias, initur, qvando à rei datione incipit Contractus, & illa initium præbet obligationi, ita hic est initus, qvando à facto Contractus incipit, & propter factum præstitum alter obligatur ad rem illam, de qva convenit præstandam. *Struv. Ex. 25. n. 29. 30.*

XXIII. De qvartæ speciei, Facio ut facias, interpretatione postremò videndum, qvâ factum qvoddam præstatur, ut vicissim factum qvoddam præstetur, aut interesse, *l. 5. §. 4. l. 9. l. 19. §. 1. l. 18. hic.* Uti in omnibus speciebus, ita & hic investigandum, qvâ ratione à qvibusdam Contractibus huic negotio valdè similibus differat. Primùm speciem Mandati præ se ferre videtur, qvando nimirum operæ mutuæ præstantur, qvæ aliàs in Contractum Mandati deduci possunt, *d. l. 5. §. 4. h.* aliqvando Commodati, *l. si gratuitam, 17 §. 3. eod.* vel etiam *Loc. Conductionis, §. præterea 2. J. Loc. Cond.* si v. g. usus rei præstetur, qvi aliàs commodari vel locari potest. Differt autem generatim ab his Contractibus, & propriam naturam habet, qvæ consistit in eo, qvod non certi generis facta reqvirat, sed qvælibet admittat, & qvod non ad certum contrahendi modum sit determinatus, sed qvomodocunqve placuerit facta qvælibet permutentur. Speciatim verò à Mandato

con-

contraria existit, qvod 1. non tam negotia gerenda, & 2. non gratis suscipiantur, & 3. non statim ex consensu, qvô suscepit, qvis obligetur *l.* 5. §. 4. A Commodato alia est, qvod itidem 1. non tàm usus rei & 2. non gratis præstetur. *d. l.* 17. §. 3. Deniqve à Locat. Conduct. differt 1. qvod factum ab alterutrâ parte promissum non sit merces. 2. non tantum unius rei vel opera locari solita in hunc contractum veniat, ac 3. qvod non statim ex mutuo consensu de concedendo usu vel præstanda opera Contractus perficiatur, & mutua obligatio oriatur, §. 2. *J. Loc. Cond.* Reliqvum igitur est, ut is, cui factum est præstitum, obligetur ei, qvi præstitit, ut vicissim factum vel interesse præstet. Atqve ad perseqvendum hoc in judicio datur illi, qvi fecit contra alterum actio præscriptis verbis *d. l.* 5. § 4. *d. l.* 17. § 3. *beic. Franzk.* addit, qvoad actionem in hoc articulo vel eandem distinctionem observandam, qvæ in Contract. facio ut des, adhibita fuit, vel ideò faciliùs actionem præscriptis verbis competere, qvod factum ex parte unius satis justa causa esse possit obligationis, ut vicissim qvid detur. Don. Struv. Bachov. sine distinctione actionem præscriptis verbis dari statuunt. Cæterum qvæ ad facti speciem exprimendam pertinent, superiùs recensuimus.

XXIV. Subjectæ hactenus oculis sunt variæ interpretationes JCtorum. Nostra opera restat, qvam huic argumento impertiri constituimus, qvæ, qvò sibi constet, imitabimur morem eorum, qvi, ut melius interpretandi absolvant munus, ex Philosophia Morum altiora principia solent repetere, deinde, an qvæ Legibus Rom. & JCtorum interpretationibus traduntur, cum hac doctrina congruant, declarare: qvod eò etiam faciemus libentiùs, qvia hunc morem multos summos Viros tenuisse videmus, Dn. Feldenum imprimis, qvi nec hujus argumenti causas subinde *in Not. ad Grot.* investigare prætermisit; cujus etiam præceptis per aliqvod tempus institutus fui. Fortè non ineleganter rem ita proloqvemur. Certissimum est, sine Commutationibus societates humanas salvas esse non posse: cum enim natura eveniat, ut, qvod alteri supersit, desit alteri *l. 1. de Contrab. Emt. Vend.* (qvæ lex sat ostendit, JCtos

Rom.

Rom. rerum moralium peritisſimos fuiſſe,) ne ſinguli putantes ſe ſibi ipſis ſufficere, reddantur inſociabiles, ut *Gratius* loqvitur de *Mari Lib. c.1.* Aliter certè necesſitatibus humanis conſuli haud poteſt, qvàm ſi homines inter ſe res & officia commutent. Duo qvippe ſunt, qvibus indigemus ad vitam exigendam: Res & Officia, qvibus etiam nulla vitæ pars vacare poteſt. Rurſus & illud inducendo colligimus, non ampliùs qvàm qvatuor modis res & officia commutari poſſe. Aut enim rem cum re commutamus, aut rem cum officio, aut officium præſtamus ut res detur, aut demum officium cum officio commutatur. At verò, cum omnes liberi homines ſint, ſive qvi in civilem coierunt Cœtum, ſive qvi in univerſali Gentium ſocietate vivunt, illud inde efficitur, neminem teneri in alterius gratiam res ſuas alienare aut præſtare officium. Qvo igitur pacto alter qvi indiget, necesſitati ſuæ ſubveniet? vi auferre contra officium eſt, & ſumma demum necesſitate qvadantenus excuſatur. Fortè ergò ita erit, ſi par voluntas accipitur & redditur, hoc eſt, ſi declarent voluntatem ſuam, (qvam tamen ſufficienti negotii gerendi ſcientia inſtructam eſſe oportet; alioqvin pro voluntate non habetur;) de rebus & officiis commutandis. Neqve ſic tamen ſatis conſultum erit rebus humanis, niſi & necesſitas imponatur ſervandi promiſſa. Qvis autem eam imponet? Forte Natura: nam hoc qvidem diſputatione non indiget, honeſtorum turpiumve indicem conſcientiam eſſe, adigereq; hominem, ad perſeqvendum honeſtum, omittendum turpe: ſi igitur ab honeſtate non erunt aliena, qvæ promiſſa ſunt, hic conſcientia implebit cogentis vices, imponetq; præſtandi necesſitatem. Sed enim ſi conſcientia aut libidine corrupta aut ſenſu honeſtatis privata, adeò valida non eſt, ut eum, qvi promiſit, cogere qveat, qvid tum faciendum? ut ceſſent commutationes, per ſalutem ſocietatum committendum haut eſt. Ut ergò adſit, qvi conſcientiæ vices obeat, vi externâ adigendo ad præſtandum conventa, neceſſe eſt. Atqvi hic eſt, qvem nos in civitate Judicem vocamus, cujus proinde munus erit, procurare commutationes ſalutares humanæ ſocietati, & obtemperare, qvod ſemel conventum eſt, nolenti vim addere. Num autem omnibus promiſcuè commutationibus vis addenda erit? an potiùs qvædam naturali obligationi relinqvendæ, qvæ-

dam

dam autem externâ insuper vi urgendæ erunt? Sanè si omnes in universum commutationes erunt societati, in qva instituuntur, salutares, omnes etiam recipiendas & urgendas esse consentaneum est. Justum enim non aliter, qvàm qvod societatibus salutare est, definies. Sed qvomodo perspici poterit, qvænam è salute societatum sint nec ne? fiet id generatim qvidem, si justitiæ particularis naturam consideremus: cujus species una consistens ἐν τοῖς συναλλάγμασι, id est, commutationibus *Arist.l.5.Ethic.c.*11. Commutativa dicitur, à Grotio Explerrix, & vulgò Arithmetica vocatur, fungiturq; suo munere, servando æqvalitatem in bonis externis, ne alter alterum qvoad ea bona lædat. Et hoc est, qvod Imp. Justin. in suæ Jurisprudentiæ πρώτοις multus sit in exponenda justitia, utpote fundamento infallibili, uti omnium Legum, ita & contractuum. *v.t.t. Inst.& Dig.de J. & J.* Paratissimiq; sunt, qvi de Principiis Juris scripserunt; (vid. instar omnium *Joach. Hopper. Tract. de Vera Jurisprud. l.*3. *artic.*8. *p.*178.) principia justi & injusti (qvod & JCtus facit *l.*1. *de J.& J.*) arcessere ordinaria, (ita Dd. loqvuntur:) interna, naturalia, à Rep. deducta, ex Deo, ex Mundo, ex Homine, ex Familia, Ethica, Physica, Logica, Mathematica, Politica, eaq; sicubi opus, (cum qvandoqve illorum principiorum ignorantia JCtis Rom. imputari velit) recitare & applicare. Ex qva nunc definitione illud existit, eas commutationes societatibus humanis salutares esse, in qvibus à judice judicium de æqvalitate observatâ fieri potest; hasq; ut freqvententur, omni cura providendum esse. Speciatim autem qvæ commutationes è re societatis sint, inde scies, si cujusqve societatis ingenium accuratè introspexeris, & qva ratione hactenus in Commutationibus sese gesserit, experientiâ didiceris. Ita enim & naturaliter salutaribus addi aliqvid aut detrahi aut novæ introduci possunt. Hanc enim facultatem sibi proprium uniuscujusq; Civitatis jus vendicat, *arg.l.6. D.de J. & J.* Illud adhuc qværitu dignum est, si Commutatio instituta sit, qvæ nullam æqvalitatem in se habet, nec etiam comprobari tanqvam salutaris, judicio peculiaris cujusdam Civitatis, possit, in eaq; injustum unus ex Commutantibus patiatur, an adjuvanda à judice an relinqvenda sit? Videtur relinqvenda, cum, qvod negotium salutare non sit, nec Commutatio-

nis naturam, qvæ æqvalitate constituitur, habeat, rejiciendum meritò censeri debeat. Sed qvia Jus universale Correctivum exposcit, ut corrigatur id, cunqve, qvod injustum obortum est, meliùs administraturum Judicem suas partes, si adjuverit patientem injustum vi suâ, qvâ pollet, ut alter corrigi injustum patiatur, pronunciandum oppidò erit.

XXV. Hæc sunt, qvæ naturaliter ex Doctrina Civili afferre possumus. Qvæ si cum cura inspicimus, apprimè cum Jurisprudentia Rom. congruunt. Retinere Romanos qvatuor illa genera modorum commutandi res & officia à Natura ipsa constituta, accuratè docet Paullus in nostra *l.5. pr.* totius enim ob rem tractatum, id est, universam commutationum materiam in his speciebus competere scribit: Aut do tibi ut des, qvod est rei cum re commutatio, aut Do ut facias, qvod est commutatio rei cum officio; aut facio ut des, qvod est, qvando conseqvendæ rei gratia qvis alteri præstat officium; aut facio ut facias, qvando officium cum officio commutatur. Rectè etiam nunc illud cum Naturali jure congruere, clarum est, qvod *Ulp.l.1.§ 23.de Pact.* tradit, omnem contractum in conventione qvadam fundatum esse. qvæ definitur, duorum vel plurium, in idem placitum consensus (qvæ definitio generica, si utilitatem summam in contractibus nominatis præbet, utiqve etiam in innominatis habebit, siqvidem *d.l.7. D. de Pact.* illius generis species sunt conventiones nominatæ & innominatæ: jam juxta Philosophorum Scholam tota essentia generis est in subjectâ qvalibet specie) liberrimo namq; consensu liberos homines uti ad res suas alienandas aut officia præstanda ex adductis constat. Illud restat inqvirendũ, an Legumlatores Rom. discrimen salutarium, & qvæ salutares non sunt societati hominum, commutationum observaverint rectè, numq; salutaribus, id qvod decet, addiderint vim, per judicem cogendo contrahentes, ut præstent, qvod promissum est; rejecerint verò eas, qvæ non eandem utilitatem habere videbantur. Qvæstio eò spectat, an Romani commutationes eas approbaverint, vinculoq; obligationis constrinxerint, qvæ æqvalitate constant, aut aliàs longo rerum usu salutares esse repertæ sunt. Ut qvæstionem discutiamus, videndum, qvâ ratione æqvalitas obtineri in commutationibus possit, nisi enim æqvalia

utili-

utilitate conseqvi posſint homines, commutationes non facilè instituent. Hic elegans nobis ſuppeditatur principium: Res, qvæ commutantur, diverſæ licet ſint, exæqvari poſſe, mediante utilitate rerum ſingularum, qvam homines deſiderant, & qvam qvælibet res homini in vita affert. Utilitatis hujus deſiderium indigentia Philoſophis vocatur, qvam necesſitate temporum & rerum metiendam eſſe, pulchrè cum *JCto in l.1. de Contr. Emt.* colligas. Eodem modo de officiis ſeu operis, qvas homo homini præſtat, judicandum, in qvibus æqvalitas invenitur, ſi eorum utilitas, qvam continent, æſtimari posſit. Et hæ commutationes qvæ ita rebus & factis, per uſum, qvem habent, exæqvatis, ſubeuntur, non poſſunt non ſalutares eſſe, qvia & alter conſeqvitur, qvo indiget, nec conqveri poteſt; alterum plus, qvàm ſe commutando conſecutum. Eòq; etiam ut tales conventiones freqventententur, maximoperè urgendæ ſunt, necesſitasq; iis à civilibus Legibus, ut præſtetur, qvod ita commutari placuit, imponenda. Qvæ autem ſic comparatæ non ſunt, ſed ubi res pro lubitu commutantur non habitâ ratione qvantitatis, qva altera alteram æſtimat, tanqvam inutiles qverelisq; obnoxiæ reprobandæ, nullâq; LL. civilium Auctoritate, ut qvenqvam obligent, muniendæ erunt, niſi fortè injuſtum ex accidenti obortum ſit, qvod correctionem deſideret. Omnium elegantisſimè his reſpondet JCti ſententia *in l.7. D. de Pact.* Qvid enim aliud dicere voluit, qvando ait: Juris Gentium conventiones qvædam actiones pariunt, qvædam exceptiones, qvam hæc: Commutationes, qvas Natura amicitiæ cauſa inter homines exigit, Gentes autem indigentia adductæ cæperunt celebrare, qvædã ita comparatæ ſunt, ut Leges civiles neceſſe habeant ex iis actiones dare, qvò teneantur contrahentes ex eo, qvod conventum eſt; qvædam a. eam utilitatem non habent, ut à civili Lege robur actionum iis addi ex uſu ſit; ideoq; exceptiones tantum pariunt, qvæ ex generali Juris Gentium obligatione ortum trahunt. Et porrò ex §.1. JCtum ita interpretamur: Commutationes ſeu conventiones, qvas civiles Leges civiliter obligando, actionemqve efficacem concedendo confirmare ſolent, cùm habeant naturam certam, ex qva judex de æqvalitate rectè obſervata, an ſecus, judicare poteſt, cumq; cognitæ LLtori ſint, ſalutares eſſe ſocie-

 cie-

cietati Civili, ex generalibus commutandi nominibus egressæ, transierunt in proprium aliqvod nomen, ita, ut cùm permutetur res cum re, aut res cum facto (sic tamen ut ubiqve attendatur utilitas, qvam res & facta habent, & ratione cujus æstimationem certam recipiunt:) non amplius hæc commutatio Do, ut des, Do, ut facias, sed ut speciali nomine insigniantur, & commutatio Do ut des, præsertim post inventum pecuniæ usum, qvæ singulas res ratione utilitatis exactè æstimare potest, Emtio venditio, Do ut facias, Locatio Conductio nominetur, & sic porrò. Ac postqvam hoc ita evenit, (faciamus enim ita loqvi JCtum) ut cognitæ salutaresqve inventæ commutationes proprium haberent nomen, Conventiones illæ, qvæ qvidem etiam generalibus commutandi modis annumerandæ sunt, cum plures non reperiri experientiâ compertum sit, nullam tamen certam naturam habent, Innominatæ cæperunt vocari. Qvibus ipsis nulla à Legibus Civilibus tribuitur vis, ut ex iis qvis obligetur, sicut fit per nominatas conventiones, aut qvod ita promissum est, perseqvi qvis possit. Licet v. in his non tam evidens benefaciendi promtitudo rebus & factis, sicut in illis, appareat, nihilominus tamen à Jure Gentium promanant; si itaqve accidat, ut unus ex iis, qvi Commutationem talem subierunt, ex ea commutatione lædatur, qvod fit, si unus, qvod conveniendo promissum est, impleat, alter verò implere nolit, tanqvam salutares cum prioribus retinendæ, obligationisq; & actionis civilis robore confirmandæ meritò erunt *d. l. 7. §. 2. de Pact. vid. Hopper. de vera Jurisprud. l. 9. t. 27. de Contract. Innom. p. 566.* & qvidem ex Edit. D. Conringii, qvi tanti æstimavit Hopperum, Regis Hispaniarũ olim Consiliarium, qvanti nullum alium JCtum.

XXVI. His principiis subnixi naturam contractuum Innominatorum seqventi definitione exprimemus. Sunt nimirum conventiones, qvæ nullam certam naturam eòq; nec nomen specificum, qvod illam naturam repræsentat, habent, subsistuntq; in generalibus commutandi nominibus; producunt tamen obligationem & actionem Jure Civili ex implemento ad id, ut e. g. accipiens datum iterum restituere teneatur, aut ad dandum rursus sit obligatus.

XXVII. Nec ſpecierum ampliùs natura nunc latet.

Do ut des, eſt Contractus Innominatus nullam certam naturam habens, eòq; nec ſpeciale nomen, ſed in generali rem cum re commutandi nomine ſubſiſtens; ex qvo fit, ut non aliter jure civili obligationem & actionem producat, qvàm ſi, qvi dando implevit, injuſtum paſſus eſt, qvod alter rurſus dando non implevit.

Do ut facias, eſt Contractus Innominatus, nullam certam naturam, eòq; nec ſpeciale nomen habens, ſed in generali commutandi rem cum facto nomine ſubſiſtens; ex qvo fit, ut non aliter jure civili obligationem & actionem pariat, qvàm ſi qvi dando implevit, ob cauſam, ut aliqvid fieret, injuſtum paſſus eſt, dum alter non fecit.

Facio ut des, eſt Contractus Innominatus, nullam certam naturam eòq; nec nomen ſpeciale habens, ſed in generali facti cum re commutandi modo ſubſiſtens; ex qvo fit, ut non aliter Jure Civili obligationem & actionem producat, qvam ſi, qvi dando implevit, ob cauſam, ut aliqvid daretur, injuſtum paſſus eſt, dum alter dando rurſus non implevit.

Si dicta Contractui Innominato, Facio ut facias, accommodabis, addesqve obligationem & actionem non aliter producere, qvàm ſi qvi faciendo implevit, ut alter rurſus impleret, injuſtum paſſus eſt, eò qvod alter rurſus non fecit; ſpecies omnes abſolutæ erunt.

XXVIII. Ex iis, qvæ pro fundamento conſtituimus, & diſertisſimè l.5. pr. h. convenire, diximus, qvod nim. omnes Contractus tàm Nominati, qvàm Innominati in qvatuor illis, qvos recenſuimus, commutandi ſpeciebus competant, deducimus nunc, poſſe Contractum Do ut des, incidere in emtionem venditionem, *l.5. §.1. h.* ſi enim convenerint duo, ut alter det rem ſuam, alter det precium ſeu pecuniam, qvæ iſtam rem ſecundum certam & in conventione determinatam qvantitatem æſtimet, Emtio Vend. eſt, cui asſiſtunt Leges, utrisqve convenientibus neceſſitatem imponendo, alteri ad rem tradendam, alteri ad pretium ſol-

vendum: Qvod si verò duo conveniant, ut res pro re detur, exq; convenientibus unus dando impleverit, Contractum Innominatum Do ut des, esse patet. Ex eodem principio cognoscimus, Do ut facias in locationem conductionem incidere posse: si enim pecuniam dem, ut facias, & qvidem tantam, qvæ hoc factum æstimet, locatio conductio est; at si qvam rem do, ut qvid facias, non æstimando rem & factum, Contractus Innominatus, Do ut facias, nascitur. *l.* 5. §. 2. hic. Similiter potest aliqvod negotium in commutandi modum Facio ut des, incidere, si tamen aut factum æstimabile non sit, aut qvod datur, non detur, ut æstimans factum, manet nomen generale negotii Facio ut des. *l.* 5. § 3. *heic.* Eadem causa est, qvod Mandatum in modum commutandi Facio ut facias, incidere possit, qvod tamen, si subtiliter naturam ejus expendamus, statim distinctionem nobis suppeditat, aliud esse Mandatum, aliud Contractum Innominatum, Facio ut facias.

§. XXIX. Ex his, qvæ diximus, obscurum etiam esse non potest, ante implementum hos Contractus obligationem naturalem parere: Præter §. 3. *l. 7. D. de pact.* ubi pacta nuda exceptionem parere dicuntur, inter qvæ etiam Contractus Innominati ante implementum, numerandi sunt; maximè id nobis persvadet *pr. ejusd. l. 7.* ubi Conventiones Juris gentium dicuntur omnes tàm nominatæ qvam innominatæ: Certissimum autem est, Jure hoc Gentium omnes homines ex qvâlibet conventione mutuò obligari, in qvâ alter alterius fidem est secutus, licet nulla solennis stipulatio aut implementum accesserit. Ita enim Paulus ait *l. 84. § 1. de R. J.* Is Natura debet, qvem Jure Gent. dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

§. XXX. Definitio nostra jam etiam satis manifestum reddet, qvamobrem actio ex Contractibus Innom. Præscriptis verbis dicatur: qvia enim Contractus Innominati nullam certam naturam habent, hinc non uno nomine Judici Prætor significare poterat officium in sententia dicenda, sed multis indigebat verbis, repetito pacto privatorum, in qvo Contractus erat fundatus; si nempe ex alterutra parte datio vel factum intervenerat, qvod omnem hîc paginam facit. Et sic clarus est etiam sensus *l. 3. D. Præsc. Verb.* qvæ confugiendum in hanc actionem esse di-

se dicit, qvotiens Contractus existunt, qvorum appellationes nullæ Jure Civili proditæ sunt. Negasse enim naturam nomina his conventionibus, indè patet, qvia nullam certam habere naturam dicuntur, qvam verba & nomina specifica, una qvadam conceptione repræsentare possint. Cur stricti juris esse perhibeatur, ratio ex definitione nunc qvoqve suppetit: in qvibus enim certa natura perspici non potest, ex qvâ Judex, qvid, qvale, qvantumve utrinqve tribuendum sit, ex æqvo decernere possit, in his strictè placitis convenientium inhærere cogitur.

XXXI. Qvare in obligatione & actione, qvæ ex Contractu Innom. Dout des, descendit, veniat id, ut damneris mihi, qvanti interest meâ, illud, de qvo convenit, accipere, aut si recipere malim meum, ut repetatur qvod datum est, qvasi ob rem datum, re non secuta, demonstrandum jam est. Causa ea est, qvia cum causa obligationis ejus, qvi accepit, non sit ex conventione; aliàs enim ad dandum, qvod promisit, conveniri posset: sed ex re datâ, qvam non secuta est causa, ob qvàm res data est; inæqvale hîc natum aliter corrigi non potest, qvam si præstetur æstimatio ejus damni, qvod alter perpessus est, dum rem suam dedit, nec tamen ab altero consecutus est causam, ob qvam dedit. Si tamen malit is, qvi dedit, rem suam repetere, qvam actione ad interesse adversus alterum experiri ob incommoda, qvæ sæpe in negotiis humanis evenire solent; qvando lucrum aliqvod intendimus, & hic modus corrigendi inæqvale satis idoneus est, cum volenti hoc vel illo modo sibi consulere, non fiat injuria. Et alter qvidem qvi accepit, obligatus est ad restituendum ea, qvæ ob causam data sunt, si ea non sit secuta. Sufficitqve nuda ejus pœnitentia, qvi dedit. *l. Dedi 3 §. sed si 2. de Condict. Caus. dat.* Cujus rei causa probabilis hæc reddi potest: qvia, cum neuter convenientium ex conventione rem dare obligetur, ita nec, si dedit; Qvod tamen cum cautione qvadam accipiendum est, si nimirum res adhuc integra sit, impensis enim jam in rem promissam contrà dandam factis, iniqvum esset, traditam rem ex pœnitentiá repetenti statim restituere, non etiam refusis sumtibus. De accipiente qværi potest, an liberetur, si qvod accepit, restituere paratus sit? sed notat JCtus, ita damnum ejus, qvi dedit rem, non satis

tis

tis correctum esse, liberari tamen accipientem posse, & si non contra rem tradat, modò damnum ob non secutum implementum præstet §.*1. hic:* rationem hanc assignamus, qvia uti in omnibus Contractibus Innom. ita & hac in specie non nisi voluntarium justum est. *D. Feld. ad Grot. l. 2. c. 12. p. 21.* sicut itaqve qvi dedit, voluntate sua & pœnitentia rescindit Contractum, rem suam repetendo, ita & ab recipientis arbitrio pendet implere velle nec ne *l. 1. D. de Rer. Perm. vid. Wesenb. de Cond. Causa data &c. n. 3. & 4.* Jam qvoqve pugna *L. f. de Condict. Causa data &c. cum l. 5. §. 1.* hìc facilè componi poterit. Verum enim est, si pecunia pro re detur, emtionem vend. esse, si modo ut æstimans rem fuerit data, qvod in emtione fieri necesse est, *t. t. de Contrab. Emt.* sin verò pecunia non data fuerit ut æstimans, sed qvantacunqve, in speciem Do ut des incidet negotium. Reliqvum est, ut controversiam de permutatione, an eadem sit cum articulo Do ut des, decidamus. Posset probabiliter dici esse diversam. Licet enim JCtus in nostra *l. 5. §. 1. hìc verbis: qvia non placet permutationem rerum &c.* eandem facere videatur, res tamen posset facilè conciliari, si vocem *Permutationis* hìc pro generali commutationis nomine acciperemus, non habitâ ratione, an res rem mediante utilitate æstimet, an verò res certa pro incerta detur. Titulum verò de rerum Permut. præcisè de tali commutatione intelligeremus, ubi res rem mediante utilitate metitur, qvod etiam colligi posse videtur ex *t. t. de Rer. Permutat. & ex L. 1 D. de Contrab. Emt.* Verùm rectius fortasse cum plerisq; Dd. haud differre ab invicem asseremus. Licet Dn. Puffendorf. *de J. N. & G. lib. 5. c. 1. §. 9. p. 618.* illorū subtile discrimen putet, est tamen Articulus permutationis ipsissimus articulꝰ Do ut des; nec enim ita qvis in rem suā prodigus erit, ut caballum qvantivis pretii pro alio qvocunq; eqvo habere velit. Tandem ex nostris principiis casus *l. 5. §. 1. f. b. & l. ult. D. de Cond. Causa data,* fortè non ineptè componemus, si dicamus in *d. l. 5.* scyphos accipiendos esse eos, qvi æstimant Stichum, & hoc casu, qvemadmodum in Emt. Vend. domus nondum traditæ periculum ad emtorem spectat, modò venditor culpam præstiterit, ita etiam periculum Stichi ad eum, qvi dedit scyphos, spectare; *in l. ult. ff. de Cond. Caus. dat. &c.* pecuniam intelligendam esse non æstimantem Stichum, sed qvantamlibet, adeòq; hìc repetitionem locum

cum habere, qvemadmodum in Contract. Innominatis receptum est, Stichum verò nondum datum periculo accipientis esse.

XXXII. Conseqvitur, ut qvid de dubio, qvod circa articulum Do ut facias, occurrit, sentiendum, explicemus. Pauli in *d.l.5.§.2.* verba hæc sunt: *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, & is, qvem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus scribit, si ignorans, in factum civilem. Ulp. l.7.§.2. de Pact.* ita habet: *Dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliqvid facias, hoc συνάλλαγμα, id est, Contractum esse; & hinc nasci civilem obligationem: & ideò puto rectè, Julianum a Mauritiano reprehensum in hoc: Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manu misisti, evictus est Stichus, Julianus scribit, in factum actionem à Prætore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis sufficere.* Nos duo hæc loca non dissidere pronunciamus: in *d. l.7.§ 2.* qvippe non distingvitur inter dantem scienter & ignoranter, sicut in *d.l.5.§.2.* præsupponendumqve, qvod ex omni Contractu Innom. duplex oriatur actio, una ad rem præstitam condicendam, sive repetendam, & ita ad rescissionem negotii, altera ad hoc completum ab uno complendum qvoqve ab altero. Prima actio audit Condict. Causâ datâ Causâ non secutâ: qvæ qvia civilis actio est, institui neqvit, si factum sit præstitum, id est, Pamphilus sit manumissus, qvia facti nulla est repetitio: De dolo igitur contra scienter dantem agendum erat *d. l 5. §.2.* si verò ad complendam causam agere velis, supererit actio civilis, qvod Paulus *d. l.5. §.2.* tanqvam notissimum præsupposuit: nec turbent *d.l.7. §.2.* verba hæc: *in factum actionem à Prætore dandam:* Hic enim olim omnes actiones dare solitus erat. Nec & fortassè absurdum erit, si litem hoc modo componere tentemus. Res ita habet: Paulus procul dubio de eo casu loqvitur, ubi jam ab utraqve parte implementum est secutum. Igitur qvæstio est, si alteruter implentium est læsus ab altera parte, qvæ qvid implevit, sed ita, ut implementum nullam utilitatem afferat ei, qvi faciendo implevit, qva actione experiendum sit? Actio Præscr. verbis locum habet, qvando implementum ab altera parte nondum est secutum, ut impleatur aut præstetur interesse; ergò hæc competere non potest, ubi jam ab omni parte implementum est secutum. Distinctione igitur rem expedire conatur JCtus: aut enim,

qvi implevit dando, scivit rem esse alienam, & in dolo est, dum alterum allexit ad faciendum, qvod aliàs non fecisset; & in hunc actionem de dolo dandam existimat; aut verò ignoravit; & cum ita suâ intentione omne perfecerit, qvicqvid incumbebat, ne tamen alter injustum patiatur, qvi ratione rei familiaris detrimentum accepit, nec tamen pro facto qvicqvam consecutus est, concedendum ipsi putat, ut experiri contra alterum actione in factum possit, qvâ, universam facti seriem enarrando, petit, ut ab altero æstimationem damni, qvod perpessus est, conseqvatur. Qvod si ponamus, Julianum his rationibus dubitandi, qvas dedimus, inductum ita distinxisse, prout in *l*.5. distinxit, Mauritiano verò & Ulpiano, qvi Mauritiani sententiam probat, eas non venisse in mentem, in promtu erit, ingentem hanc litem dirimere. Cæterum libenter damus, parùm obfuturum, an ex tali facti specie actionem præscriptis verb. an verò in factum dandam dicamus; cùm enim res ferè eodem recidat, & tantundem hac, qvàm illâ, conseqvamur, ex subtilitate tamen juris non aliter pronunciare licet.

XXXIII. Qvæ subsit ratio, qvare ex Contractu Facio ut des, civilis actio non detur, exeqvi nunc convenit. Cùm enim Do ut des, Do ut facias, datione impleta, obligent eum, qvi accepit rem datam, vel ad restituendum, qvod accepit, vel ad præstandum interesse, si rursus implere nolit, negat Paulus implementum facti, qva tale, aptum esse ex se ad pariendam obligationem & actionem talem, qvalis ex implemento dationis nascitur. Hic nobis rectè videntur DD. causam ex utilitate factorum æstimâsse. Qvod si enim ex facto nulla utilitas ad alterum pervenerit, qvi promisit dare; cùm actio præscriptis verb. heic non possit habere locum, eò qvod faciendo alter nullum damnum patitur; nec itidem condictio, cùm factum restitui neqveat, nihil restat, qvàm ut dicatur, alterum dolosè fecisse, dum spe lucri alterum inescavit ad faciendum, qvod aliàs non fecisset, adeoq; ex dolo suo obligari.

XXXIV. Finem operæ imponit articulus Facio ut facias. Facit hic eadem caussa, qvæ in præcedente specie signata fuit, ut hic cum qvibusdam Interpp. non simpliciter actionē præscriptis verbis ex hoc articulo competere existimemus, sed eandem, qvâ in artic.3. opus fuit, distinctionem adhibendam esse, censeamus. Adducit nos in eam sententiam natura factorum, qvæ vel detrimentum afferre

fa-

facienti, vel nec cum facientis damno, nec cum accipientis commodo conjuncta esse posſint.

XXXV. Exercuerunt nos hactenus rationes & causæ, qvas ob rem dati tractatus, uti nostrâ l.5.pr. vocatur, rectius intelligendi causſa, reddere interfuit. Superesset ea cura, ut indicaremus, qvantum Dd. interpretationes à nostra abeant, aut cum ea conveniant. Verùm cum eâ saltem fini eorum sententias recensuimus, ut illis ob oculos positis collatisqve, de certo tandem principio judicium fieri posset, accommodandi industriam cujusqve studio relinqvimus, præsertim cum & odiosum futurum esset, qvicqvam in tam Excellentibus Viris carpere, nostraq; præponere velle, utpotè cum illud diverbium nostrum sit: Discentes in Jure Romano oportet credere, usq; dum ad statum subactumq; judicium perventum fuerit. Finiemus igitur. Finiendo erratorum veniam precatur is, qvi nihil in his magnoperè suum censet, præter congerendi qvalemcunqve diligentiam.

DEO SIT GLORIA.

Ad Clarissimum, Doctissimumq́,

DN. GEORGIUM MICHAELEM HEBERUM,

Wittenbergensem,

Amicum perdilectum,

Cùm

de

INNOMINATIS CONTRACTIBUS

disputaret

Autor.

DUm, Mi HEBERE, de illis Contractibus Innominatis, Nominibus charybdū scyllarūq; plenissimis, verba facis, miratio penes mente subit, cur, missâ factâ JUSTINIANI IMP. doctrinâ, simplici non insistens viæ, difficiliora primùm adamasti? Sed pro Te excusatio est, devora-

voratis enim, sub optimis Epicharmis, Qvi cō-modiora instillarunt fundamenta, super Juris-Prudentia Romana laboribus, ostendere Wittē-bergensi literato Orbi voluisti publice, nihil esse tam arduum, qvò non ignea ingenii vis penitrare possit: ac imposterùm, auguror, auctumnitate judicii ornate dabis ea in vulgus, qveis ARS ÆQVI BONIq; splendescat magis: qvò etenim proximiùs ad hanc lucem accedimus, eò mage incalescimus, ac celum consistere nescium imitamur: Tu siqvidem, ut *meum Plutarchum*, περὶ παίδων ἀγωγῆς §.122. exprimam, *nullatenus aliarum, qvæ vocantur Encycliarū, Disciplinarum, neq; auditione, neq; spectatione expers es*: qvibus tanqvā alis qvis citissimè ad Templa Juris Consultorum Doctrinis edita serena pervolare habet: Veniant utinam in Scholas Nostrùm Jura Romana Profitentium imbuti bene Disciplinis aliis liberalibus adulescentes, sponderem audènter, fore, ut intra brevissimū spatium spebus * votisq; suis sint potituri, modò præconceptæ opiniones facessant, & illi, qvamdiu discunt, credere possint. Hisce Te, HEBERE, salvere, valereqve jubeo. E Museo meo 24. Septembr. ANNO M.DC.LXXIV.

PRÆSES.

* *Sic Salvianus*, Josepho Scaligero Christianissimus Scriptor judicatus; *Tr. contra Avaritiam Lib II. p.79. ut spebus votisq; potiantur: & p.80. Totum deniq; inter homines spebus agitur: solus DEUS est, de qvo desperatur.*

